
“La Reforma del Sector Eléctrico: Aspectos Legales e Instituciones”

Ángel Canó S.

“La Reforma del Sector Eléctrico: Aspectos Legales e Institucionales”

Ángel Canó S.

Leí hace poco un proverbio que reza así: “el sabio puede sentarse en un hormiguero, pero sólo el necio se queda sentado en él”. Imagino que por desconocerse su autor, se dice ser chino.

Podría pensarse que los dominicanos definitivamente entramos en la categoría de necios, pues damos la impresión, o por lo menos así se percibe que es peor aún, que hemos preferido quedarnos sentados en el hormiguero con aquello de la solución a los problemas del sector eléctrico dominicano.

Por esto creo importante iniciar esta intervención con un poco de historia, muy breve, lo que nos permitirá contextualizar nuestra actualidad.

Un poco de historia.

La genealogía de la participación del Estado en el negocio de la electricidad se remonta al año 1928 cuando se autorizó la creación de la llamada Compañía Eléctrica de Santo Domingo. Esta empresa, posteriormente fue adquirida por el Estado en el año 1955, para dar paso a la creación de la Corporación Dominicana de Electricidad.

Para el año de 1966 al promulgarse a Ley Orgánica de la Secretaría de Estado de Industria y Comercio, se le confiere a ésta institución las funciones de manejar las políticas en asuntos de energía, lo que no ha tenido mayores frutos en cuanto a la electricidad a pesar de ser una instancia superior a la CDE, salvo su participación activa en el proceso de capitalización, que preemitió crear el marco jurídico ante la ausencia de una ley especial en materia de electricidad. Para el año de 1979 surge,

bajo la sombrilla de Industria y Comercio, la llamada Comisión Nacional de Energía, la que tendría funciones de proponer programas y delinear políticas de inversión para el sector eléctrico, y que tampoco tuvo ningún aporte importante al sector.

Para el inicio de la década de los noventa, el país ya está en serios y graves problemas de equilibrio entre demanda y generación de electricidad, por lo que se estimula la inversión en la generación mediante la llamada Ley de Incentivo al Desarrollo Eléctrico (Ley No. 14-90), de muy corta duración pues tuvo un fuerte choque frontal con el Código Tributario implementado en el año 1992, aunque algunos efectos y beneficios todavía persisten a favor especialmente de algunos generadores privados.

Podríamos decir que es en este año donde se encuentra el embrión de la Ley General de Electricidad actual, puesto que es a partir de este momento en que se inicia el proceso de reestructuración de la CDE y, luego de una serie de consultas con expertos internacionales, en 1993 se elaboró un anteproyecto de ley que, una vez presentado al Congreso Nacional, tuvo el período de gestación más prolongado que se haya conocido, fruto de una serie de intereses de difícil conciliación.

Es en este escenario del año 1997, que se promulga la Ley de Reforma de las Empresas Públicas (Ley No. 141-97) y se inicia el proceso de reestructuración de la CDE, conjuntamente con otras empresas del Estado. Se abre un proceso de capitalización, el cual se logra prácticamente de manera forzada, en condiciones de contradicción no sólo con algunas voces del sector privado cuyos intereses habían bloqueado la Ley General de Electricidad, sino también con algún ruido dentro del mismo sector eléctrico estatal que no compartía la forma y condiciones en las que se ejecutaba dicho proceso, lo que al paso del tiempo sirvió de argumento para la llamada contrareforma.

Presionados por la materialización de la capitalización y con una nueva estructura en la forma de hacer negocios en el sector eléctrico, finalmente los intereses económicos y políticos logran

un aparente consenso para aprobar la Ley General de Electricidad, que contiene no sólo los puntos de vistas muy particulares de los actores económicos del sector, sino que también fue aprovechada políticamente para incluir de forma sustantiva disposiciones, que en su aplicación, debilitarían la capitalización al reglamentar un escenario ideal pero irreal, inexistente todavía hoy en día, lo que obviamente afectó las finanzas de las empresas capitalizadas. Este marco fue igualmente aprovechado por la autoridad reguladora para implementar un reglamento que tendría matices y reflejos de esa intención.

Con el proceso de capitalización, el Estado asumió una visión específica para paliar la situación del sector eléctrico nacional, compartiendo el impulso hacia su solución con la inversión privada, mediante un sistema de concesiones de explotación de las áreas de negocio de distribución y generación de electricidad.

Así las cosas, en un corto plazo el proceso da un giro con la llamada recompra de las EDES por parte del Gobierno, lo que violentó el esquema de la capitalización, desnaturalizando la visión que sobre el sector eléctrico, en cierta forma, se había definido con el proceso de capitalización y motorizando así el regreso del protagonismo estatal, que se había matizado ligeramente con la reforma.

Actualidad. Presencia Estatal.

En el escenario actual del sector eléctrico nos encontramos con una serie de actores, que en su mayoría tienen dentro de su estructura, con menor o mayor presencia, al Estado: una presencia activa en la CDEEE; en las EDES norte y sur, en la generación hidráulica, en la transmisión, la SIE, la CNE, el OC, y en la SEIC, y con una presencia compartida en las empresas generadoras capitalizadas y EDESTE, y en algunos contratos de compra de energía con generadores privados, escenarios todos en los que el Estado, aunque pretenda disimularlo, tiene necesariamente

posiciones encontradas.

Por consiguiente, ninguno de los problemas del sector resulta ajeno al Estado, quien ha mantenido su interés manifiesto de influir en el negocio eléctrico. Partiendo de esto, resulta obvio que la solución de muchos de los problemas que confronta el sector se encuentra en manos del propio Estado, de los cuales algunos los propicia y los fomenta y otros simplemente pretende ignorarlos.

Aspectos Legales.

Uno de los mayores inconvenientes en el sector eléctrico es la falta de previsibilidad, lo que constituye hoy en día un elemento esencial para cualquier tipo de empresa y para mostrar un verdadero estado de derecho. Es necesario, no adivinar el futuro, pero si prever minimamente como será, que cosa podemos esperar tanto del mercado como de la propia autoridad, puesto que con ello se proyectan las inversiones, se elaboran los planes de negocios, se fomentan nuevas operaciones, y lo más importante aún se establecen los lineamientos generales de una política a corto, mediano y largo plazo, con lo cual los pasos actuales tendrían que encaminarse hacia el alcance de los objetivos que se correspondan con esa política. Obviamente que no se espera la petrificación de la normativa, pues ésta se debe corresponder con un proceso evolutivo natural conforme a las exigencias y necesidades propias del sector.

Lamentablemente la percepción generalizada es que, una vez cambiado el rumbo de la capitalización a raíz de la llama recompra de las EDES, no se cuenta con una visión clara de la problemática y su solución, y mucho menos se percibe una política definida, por lo que las acciones que se han estado manejando resultan tablas mediáticas que no alcanzan una solución de fondo.

A pesar de contar con una legislación y todo un complemen-

to normativo, no hay duda alguna de que el sector se encuentra inmerso en una serie de indefiniciones y distorsiones que afectan su operatividad y, obviamente, generan consecuencias para la población. Nos hemos referido anteriormente a que en la propia ley se plasmaron posturas que no se corresponden con la realidad del mercado eléctrico actual, y ante esas incongruencias resulta imposible exigirle un mayor grado de efectividad al ente regulador en algunas áreas específicas. Se requiere mayor claridad y certeza tanto en la normativa como en las ejecutorias de la autoridad y de los propios agentes del sector.

El Tribunal Constitucional Español, al referirse a la seguridad jurídica, marcó jurisprudencia al indicar en una de sus sentencias que: "El legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse...y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se produzcan perplejidades".

Creo que esto es un principio que se debe asumir como referencia obligada.

Ante la falta de claridad y certeza de una norma, hay espacio para las distorsiones, algunas de las cuales nos dejan perplejos. Como muestra, de una gama de ejemplo, basta citar la reciente Resolución emitida por la SIE, en la que establece la demanda para calificar como Usuario No Regulado.

Una combinación de discrecionalidad de la autoridad reguladora con indefiniciones de la norma y alta incidencia del Estado en la operativa del sector eléctrico, resulta crítica y muy negativa para la implementación de una verdadera política para el sector. Esto es lo que precisamente se percibe y genera nerviosismo entre los agentes, genera inmediatez y una sensación de que las decisiones se están tomando al margen de los demás operarios del sistema, provocando rigidez en las posiciones de los distintos agentes ya que, como dicen algunos, "lo que no se consigue ahora, olvídate". En esas condiciones, por tanto, no se hace ne-

gocios y el sector eléctrico es un negocio en cualquiera de sus vertientes, incluyendo para el propio Estado Dominicano, que es quien más ha invertido y quien más ha perdido al final de cuentas, pero que debe dejar de percibirlo como un componente exclusivamente político.

Visión de la problemática del sector. Fortalecimiento del Ente Regulador.

Por consiguiente, una de las primeras tareas que tiene el Gobierno, a partir del nuevo escenario que dejó la recompra de las EDES Norte y Sur y la recomposición de la nueva CDEEE, es la de definir una visión de la problemática del sector eléctrico y su participación en ella lo que no implica lavarse las manos ni pretender elevarse por encima de los demás, sino promover su participación de manera transparente, sin pretender competir, y salvaguardando los intereses de los inversionistas mediante una política definida, que margine la discrecionalidad de cualquier autoridad.

En ese sentido el rol regulador del Estado tiene igualmente que aplicarlo en primer término a las propias estructuras del negocio eléctrico que opera el Gobierno, sin pretender verlas como una extensión del ente regulador o viceversa sin pretender ver al ente regulador como una extensión de esas estructuras. Si no define este rol, resulta muy difícil regular al regulador y establecer reglas de juego que, como se dice en nuestro argot beisbolero, parte de tener el árbitro en contra. No puede regularse sólo una parte del sector, incluyendo a los usuarios de los servicios.

Es imperativa una revisión seria del aspecto institucional y jurídico de la SIE, de manera que su accionar no se conforme en presentar datos estadísticos de los montos que ha ordenado a las EDES devolver a los usuarios, sino que efectivamente ejerza una función presencial importante en toda la operativa del sector eléctrico en donde ocurren distorsiones y comportamientos serios.

Esto implica una revisión profunda del marco jurídico actual en toda su extensión. La autoridad reguladora debe contar con las herramientas legales suficientes y con la voluntad y apoyo del Estado para garantizar una interacción sectorial que promueva el negocio eléctrico en condiciones de igualdad y promoviendo la competitividad, sin temor de aplicar la ley cuando así lo demanden las circunstancias. No sirve de nada tener una herramienta legal llena de penalidades y sanciones que suponen motivar un buen comportamiento en el negocio eléctrico, cuando no existe forma de aplicarlos, no porque no existan violaciones a la normativa, sino porque no existe un mecanismo de ejecución de esas sanciones, tanto desde el punto de vista institucional como jurídico.

El temor a una sanción de la autoridad reguladora debe ser un muro de contención suficientemente fuerte para los comportamientos cuestionables de cualquier agente. Por tanto, vale más una normativa funcional y práctica que todo un esquema sancionador inoperante, como el que contiene el Reglamento de Aplicación de la Ley, y que en nuestra consideración facilita su inejecución en este sentido, porque no hay temor a la aplicación de la ley dado que en ocasiones el propio ente regulador y fiscalizador se encuentra atado por la misma normativa y por la realidad del sector.

Considero importante que se concluya con el proceso de reglamentación del sector. Si el proceso de gestación de la Ley General de Electricidad fue largo, parece que el de la reglamentación correrá la misma suerte, pues la timidez de la SIE en la implementación de una serie de reglamentos necesarios para la definición de ciertos comportamientos de los agentes, usuarios y consumidores, promueve igualmente que se prolonguen y agudicen problemas prácticos de la operativa de las empresas. Tal es el caso del reglamento de normas técnicas y otros reglamentos contemplados en la misma ley y puestos a cargo de la SIE.

En este esquema, el sector se mantiene inquieto, con incertidumbre de su futuro, lo cual se transmite a la sociedad misma, sin que

se permita percibir soluciones reales. No se sabe a ciencia cierta que va a pasar con las Edes Norte y Sur. Hay que definir un escenario, puesto que es muy distinto aquel en el que se proceda conforme a la promesa original de licitar su participación accionaria y dar paso a un nuevo agente privado, de aquel otro en el que el Estado conserve el control de las Edes Norte y Sur, con el que nos tendríamos que avocar a un escenario mucho más complicado, puesto que la CDEEE reivindicaría con mayor rigor el rol de liderazgo entre las empresas eléctricas del Estado, pretendiendo asimilarlo al estatuto de la antigua CDE, y el agente privado tendría necesariamente que revisar su participación y hacer un ejercicio de proyección en términos de su inversión.

Las señales que se perciben, en mi opinión, van en esa dirección y sobre esto hablaré más adelante.

Comisión Nacional de Energía. Superpoblación estructural.

El organigrama institucional del sector eléctrico deja a cualquier estudioso de la administración pública un poco confundido. Resulta que en términos prácticos y legales, en el escenario se encuentra la Comisión Nacional de Energía, que se presenta como un "agente libre" del sector; la SIE que no se considera supeditada ni subordinada en forma alguna a la fiscalización de la CNE; y la CDEEE que entiende que es la que lleva la voz y el voto del gobierno en los asuntos del sector, concluyendo cada uno tirando para su lado, cuidando su propio territorio. Fue así, ha sido así y será así por un buen rato.

Por consiguiente se requiere una readecuación de la estructura institucional del sector; redefinir los roles de aquellas entidades o instituciones que inciden en el mismo y establecer niveles de autoridad y participación, de forma que esto ayude a fomentar la visión y los objetivos del sector.

Es tan grave el asunto, que en el anteproyecto de energía renovable que se encuentra depositado en el Congreso Nacional, la Comisión Nacional de Energía ha sido colocada para ejercer las funciones, en términos prácticos, de la SIE, asumiendo un rol regulador y ejecutor que desnaturaliza sus funciones de diseñar y promover la política energética en el país.

Pero si queremos todavía un poco más, ya circula en algunas manos la última versión del borrador de la pretendida Secretaría de Estado de Energía, con la cual se crearía una estructura que absorbe y modifica todo lo que conocemos hasta ahora como sector eléctrico y de energía en el país. Es una combinación de atributos y funciones con ribetes tipo la antigua CDE, combinada con un sorbo de de la normativa actual, con lo que supuestamente se pretende fortalecer la presencia estatal en la operativa del negocio, a través de un liderazgo ejercido por una serie de empresas públicas satélites de la empresa holding CDEEE, quien asumirá el rol de principal comprador de energía eléctrica.

El plan integral del sector eléctrico recién elaborado por las instituciones del Estado que intervienen en el sector eléctrico y con el cual se propone cubrir el período 2006-2012, refleja esta posibilidad, y contiene nada más y nada menos que 29 fases para su ejecución, entre los que se repiten grandes iconos tales como:

- i) robo de la electricidad
- ii) revisión y mejora tarifaria
- iii) diversificación de la generación: plantas a carbón
- iv) renegociación contratos
- v) conversión CDEEE como empresa holding
- vi) fortalecimiento de la SIE
- vii) desarrollo del rol de la CDEEE como principal comprador.

Mientras algunos hablamos de modificar la Ley actual, otros hablan de sustituirla. Si modificar la ley actual será una tarea difícil, no imagino cuan difícil será la de establecer un nuevo esquema

institucional para el sector. No estamos en un esquema como aquel del año 1997, donde sólo se encontraba la CDE como líder del mercado, si es que podemos hablar de mercado. Hoy en día la participación privada es fuerte y las inversiones comprometen y obligan al Estado a respetar las reglas de juego con las cuales les invitó a participar.

Por tanto, acá tenemos otra tarea: definir que se quiere a partir del marco jurídico actual y empezar una labor de consenso con los demás agentes, creando condiciones que permitan el deslizamiento hacia ese objetivo.

Organismo Coordinador. La buena fe como principio.

Una de las innovaciones positivas que trajo consigo el proceso de reforma del sector eléctrico lo fue la figura del Organismo Coordinador, un ente de naturaleza privada que, ante la ilusión de operar un verdadero mercado eléctrico, tiene como función principal la de liquidar las transacciones económicas que se generen en el sector y que “certifica” las operaciones de compra y venta de energía entre los distintos agentes. La obligación de pago que se plasma en cada factura que circula entre los agentes, tiene su base en una “resolución” del OC. Es, podríamos decir en forma figurada, la bolsa de valores del sector eléctrico.

La necesidad de consolidar su estructura formal aparece en la Ley General de Electricidad como un mandato para los agentes. El celo estatal pretendió establecer la forma de constitución del organismo, plasmando en el Reglamento lo que debía hacerse, cómo debía hacerse y en que plazo, lo que obviamente resultó ser una letra muerta con el paso del tiempo.

A pesar de esto, y conocedores de su importancia, los esfuerzos por definir la naturaleza del OC han sido inmensos, hasta el punto de encontrarse elaborado un borrador de estatutos que no termina de ser bendecido. Y como son las cosas en nuestro

país, el OC se mantiene partiendo de la buena voluntad y buena fe de los agentes del sector, operando bajo la mirada sobre el hombro, sin contar con una base legal sólida que permita la certeza que supone un marco jurídico.

El principio de buena fe en el Derecho Administrativo se solapa con el llamado principio de confianza legítima, y para algunos autores significa "que los Poderes Públicos no pueden defraudar la legítima confianza que los ciudadanos aprecian objetivamente en su actuación, de manera que es legítimo -jurídicamente exigible- que el ciudadano pueda confiar en la Administración -y ésta en el ciudadano, pero dicha confianza debe desprenderse en todo caso de signos externos, objetivos, inequívocos, y no deducirse subjetiva o psicológicamente, suponiendo intenciones no objetables".¹

Esos signos o hechos externos deben ser suficientemente concluyentes como para que induzcan racionalmente a confiar en la apariencia de legalidad de una actuación administrativa concreta, moviendo la voluntad del público a realizar determinados actos.

Pero resulta que la naturaleza del OC no es de carácter público y por tanto, seguimos la línea de la apariencia y la buena fe, por ahora. Este es, pues, una asignatura pendiente, uno de esos aspectos institucionales inconclusos que tiene mayor trascendencia, que se ha ido prolongando y que con el tiempo tendrá sus consecuencias, por lo que consideramos necesario poner atención al mismo.

La CDEEE y sus empresas satélites.

La LGE consagró la creación de dos empresas estatales bajo la sombrilla de la CDEEE: la Empresa de Transmisión y la Empresa de Generación, cuyo proceso de organización se encuentra todavía en vías de conclusión. Por consiguiente es importante definir dicho proceso, de manera que con ello el Estado pueda realmente mostrarse como un verdadero agente del sector, puesto que la CDEEE como tal no reúne esas condiciones y en forma alguna se puede considerar un agente.

Además, en el nuevo esquema resultante de la ya mencionada recompra de las EDES, queda como una tarea pendiente para los especialistas en derecho administrativo y público el definir la naturaleza de estas empresas, creadas como sociedades de comercio y en las que aún permanecen accionistas con una participación de capital minoritaria pero con posibilidades de hacer un poco de ruido al momento de un eventual reclamo de derechos.

Son estas empresas las titulares de las concesiones para explotar las áreas de negocio de distribución y comercialización de electricidad, las que por conservar su personalidad jurídica independiente del propio Estado, quien es un accionista mayoritario, no han perdido sus derechos sobre las mismas y es lo que posibilita un proceso de licitación más rápido en caso de decidir la participación de un nuevo inversionista. Sería interesante que un especialista en esta materia analizara la situación generada a partir de esos hechos, puesto que son estas las cosas que se han acumulado para crear el ambiente de incertidumbre y de identidad en el sector eléctrico.

Conclusión.

Para concluir, en nuestra consideración, estos saltos y vacíos institucionales que vemos dentro del sector eléctrico, son fruto

precisamente del giro experimentado a partir de las operaciones referentes a las distribuidoras, la que ha generado una indefinición del rumbo que ha de tomar el sector eléctrico.

El punto de partida parecería ser un simple juego gramatical: reforma del sector eléctrico o se trata más bien una sustitución del esquema actual, puesto que hablar de reforma es partir de lo que se tiene en vez de pretender anularlo para recomenzar de nuevo. Por esto es preciso retomar una visión de Estado, no particular ni de grupos, sino una que permita verdaderamente que nuestro país pueda levantarse del hormiguero en que se encuentra sentado, sin repetir errores, puesto que de no lograrlo, la modernidad, la tecnología, la competitividad anhelada por el sector industrial y empresarial se quedaran como simples retos no superados.

Quisiera concluir como empecé mi intervención, con un proverbio verdaderamente chino. Se atribuye a Confucio haber dicho "saber que se sabe lo que se sabe y que no se sabe lo que no se sabe; he aquí el verdadero saber". Quizás por esto permanecemos sentados en el hormiguero.

Gracias.